

Tilburg University

Fiscale behandeling van herstelbetalingen aan een pensioenfonds

Starink, B.

Published in:
Weekblad voor Fiscaal Recht

Publication date:
2010

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Starink, B. (2010). Fiscale behandeling van herstelbetalingen aan een pensioenfonds. *Weekblad voor Fiscaal Recht*, 139(6853), 444-452.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

FISCALE BEHANDELING VAN HERSTELBETALINGEN AAN EEN PENSIOENFONDS

MR. B. STARINK *

1 Inleiding

Ultimo 2008 bedroeg de gemiddelde dekkingsgraad¹ van een Nederlands pensioenfonds circa 95% terwijl dat een jaar eerder nog 144% was.² Een niet geringe daling van 49%-punt. Deze daling heeft twee elkaar versterkende oorzaken. Ten eerste is de waarde van het belegd vermogen door de wereldwijde financiële crisis sterk afgenomen. Ten tweede is de waarde van de verplichting sterk toegenomen doordat de rente waarmee deze verplichting berekend wordt, ook sterk is gedaald. Hoe lager de rente, hoe hoger de verplichting. Als gevolg van deze sterk gedaalde dekkingsgraad hebben veel pensioenfonds een herstelplan moeten indienen bij De Nederlandsche Bank (hierna: DNB). In deze herstelplannen is in veel gevallen een hogere bijdrage van de werkgever opgenomen die moet bijdragen aan het herstel van de dekkingsgraad van het pensioenfonds. In deze bijdrage bespreek ik de fiscale aspecten van deze herstelbetalingen. Uiteraard wordt daarbij aandacht besteed aan het recent verschenen besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 26 oktober 2009, nr. CPP2009/1227M, inzake de aftrek van extra dotaties aan ondernemingspensioenfonds bij kortetermijnherstelplannen.³

2 Toepasselijke pensioenwetgeving

De gemiddelde dekkingsgraad van een Nederlands pensioenfonds bedroeg ultimo 2008 circa 95%. Op grond van art. 131 en art. 132 PW (Pensioenwet) moet een pensioenfonds beschikken over een *minimaal vereist eigen vermogen* respectievelijk een *vereist eigen vermogen*. Het exacte niveau hiervan verschilt per pensioenfonds en is afhankelijk van het risicoprofiel van het pensioenfonds. Globaal bedraagt het minimaal vereiste eigen vermogen circa 5% en het vereiste eigen vermogen circa 25% van de voorziening pensioenverplichtingen.⁴

Bij een dekkingsgraad van minder dan 125% heeft een pensioenfonds dus een te laag vereist eigen vermogen (ook wel reservetekort genoemd) en bij een dekkingsgraad van minder dan 105% een te laag minimaal vereist eigen vermogen (ook dekkingstekort genoemd). Zodra de dekkingsgraad van een pensioenfonds daalt onder de 125% moet op grond van art. 138 PW een langetermijnherstelplan worden ingediend. In dit langetermijnherstelplan geeft het pensioenfonds aan hoe het binnen een termijn van vijftien jaar weer een dekkingsgraad wil bereiken van 125%. Bij een dekkingsgraad van minder dan 105% dient het pensioenfonds een kortetermijnherstelplan in waarin is aangegeven hoe het pensioenfonds binnen drie jaar weer een dekkingsgraad van 105% gaat bereiken. Deze driejaarstermijn is op 4 maart 2009 verlengd tot vijf jaar.⁵ Indien een pensioenfonds in min of meer dezelfde periode van een dekkingsgraadniveau van boven de 125% daalt tot een niveau van onder de 105%, zullen in hetzelfde herstelplan zowel de lange- als de kortetermijnmaatregelen worden verwerkt. Het herstel-

* Pensioenfiscalist bij Pensions, Actuarial & Insurance Services van PricewaterhouseCoopers en tevens promovendus bij het CompetenceCentre for Pension Research van de Universiteit van Tilburg.

1 De dekkingsgraad geeft de verhouding aan tussen het aanwezige vermogen en de contante waarde van de pensioenverplichtingen. Hoe hoger de dekkingsgraad, hoe meer financiële reserves een pensioenfonds heeft.

2 De Nederlandsche Bank, Jaarverslag 2008, tabel 5.3, blz. 98.

3 Zie ook C.A.H. Luijken, 'Kredietcrisis en pensioenaanspraken', NTFR Beschouwingen 2009/19, en J.J. Buijze, 'Fiscale behandeling van extra pensioendotaties', Pensioen & Praktijk 2009/12, blz. 6 e.v.

4 Het exacte niveau van het (minimaal) vereist eigen vermogen verschilt per pensioenfonds maar eenvoudigheidshalve hanteer ik in dit artikel de genoemde percentages.

5 Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 4 maart 2009, nr. AV/PB/2009/5005, Stcrt. 2009, 45.

plan in verband met het tekort per ultimo 2008 moest uiterlijk 1 april 2009 bij DNB zijn ingediend.⁶

In het herstelplan worden maatregelen aangekondigd die tot de vereiste stijging van de dekkingsgraad moeten leiden. De in het herstelplan aangekondigde maatregelen moeten actuariael worden onderbouwd met behulp van een zogenoemde continuïteitsanalyse waaruit blijkt dat de voorgestelde maatregelen ook daadwerkelijk het gewenste resultaat zullen hebben.⁷ Deze continuïteitsanalyse geeft voor een periode van vijftien jaar inzicht in de financiële ontwikkeling van het pensioenfonds. De gehanteerde uitgangspunten in de continuïteitsanalyse zijn overigens niet willekeurig maar voorgeschreven in de Regeling parameters pensioenfondsen.⁸ De uitkomst van de continuïteitsanalyse is daardoor min of meer objectief vergelijkbaar met de continuïteitsanalyses van de verschillende pensioenfondsen. Op het fiscale belang van deze continuïteitsanalyse kom ik later terug. Het pensioenfondsbestuur heeft in beginsel een aantal instrumenten om, naast een min of meer automatisch herstel door onder andere een stijging van het vermogen en de ontwikkeling van de rekenrente, de dekkingsgraad te doen toenemen, te weten:

- het verhogen van de inkomsten door een premieverhoging of door extra stortingen door werkgever(s);
- aanpassing van het beleggingsbeleid;
- het niet meer verlenen van indexatie/toeslagen;
- het korten van de pensioenrechten van (gewezen) deelnemers en gepensioneerden.

6 Brief van DNB aan pensioenfondsen van 18 november 2008, kenmerk TPB/Brief 17 november 2008/2008/05100.

7 Deze continuïteitsanalyse is strikt genomen alleen vereist voor een langetermijnherstelplan en niet voor een kortetermijnherstelplan op grond van art. 16 en 17 Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen van 18 december 2006, Stb. 2006, 710. Dit besluit is gewijzigd op 20 december 2007, Stb. 2007, 572. Omdat in vrijwel alle in 2009 ingediende herstelplannen sprake is van een dekkingsgraad van minder dan 125%, is een continuïteitsanalyse uitgevoerd. De continuïteitsanalyse is gebaseerd op de beleidsregel van DNB van 29 augustus 2007, nr. Juza/2007/01546/IH, houdende uitgangspunten bij de beoordeling van de continuïteitsanalyse van pensioenfondsen (Beleidsregel uitgangspunten beoordeling continuïteitsanalyse van pensioenfondsen).

8 Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 19 december 2006, nr. AV/PB/2006/102565b, tot vaststelling van de parameters voor pensioenfondsen.

9 Art. 25 PW stelt regels over de inhoud van een uitvoeringsovereenkomst tussen een werkgever en een ondernemingspensioenfonds. Voor de invoering van de PW heette deze overeenkomst veelal de financieringsovereenkomst. Voor werkgevers die zijn aangesloten bij een bedrijfstakpensioenfonds is sprake van een uitvoeringsreglement. Gemakshalve spreek ik in dit artikel over uitvoeringsovereenkomst.

Afspraken tussen werkgever en het pensioenfonds over de hiervoor genoemde sturingsmiddelen (indien van toepassing) zijn gemaakt in de uitvoeringsovereenkomst.⁹ In dit artikel staat het eerste instrument centraal, namelijk de verhoging van de inkomsten door een premieverhoging dan wel een extra storting door de werkgever(s).

3 Fiscale aspecten premieverhoging en extra stortingen werkgever

3.1 Aftrekbaarheid voor de totaalwinst

Allereerst moet vastgesteld worden of extra betalingen aan het pensioenfonds aftrekbaar zijn voor de totaalwinst. Dit is het geval indien de betalingen zijn verricht vanwege de zakelijke belangen van de onderneming. Aangezien een pensioenfonds een zelfstandige juridische entiteit is die onder toezicht staat van DNB, kan worden aangenomen dat de verhouding tussen werkgever en pensioenfonds per definitie zakelijk is. Wel bestaat het bestuur van een pensioenfonds op grond van art. 99 PW voor de helft uit werkgeversvertegenwoordigers en voor de helft uit werknemersvertegenwoordigers. Er is daarom sprake van pariteit. De werkgeversvertegenwoordigers hebben dus zowel als debiteur en crediteur belang bij dezelfde overeenkomst. Dit zou de zakelijkheid van de tussen werkgever en pensioenfonds gemaakte afspraken kunnen betwisten. Daarom moet zekerheidshalve tevens vastgesteld worden of de extra betalingen aan het pensioenfonds 'at arm's length' zijn zoals bedoeld in art. 8b, Wet VPB 1969. Gezien de bovenstaande argumenten en omdat een pensioenfonds een onafhankelijk van de werkgever opererend rechtspersoon is, is de relatie tussen werkgever en pensioenfonds mijns inziens 'at arm's length' en zijn de extra betalingen aan het pensioenfonds aftrekbaar voor de totaalwinst. Nu dit is vastgesteld, komt de vraag aan de orde in welk jaar de extra betalingen aftrekbaar zijn.

3.2 Tijdstip aftrekbaarheid

Op basis van art. 3.25 Wet IB 2001 wordt de jaarwinst bepaald aan de hand van goed koopmansgebruik. Een betaling is in enig jaar onder andere aftrekbaar indien het geen vooruitbetaling op toekomstige bedrijfsuitgaven betreft (matchingbeginsel). Uitgangspunt daarbij is dat de winst op basis van dit matchingbeginsel (een onderdeel van het realiteitsbeginsel) moet worden vastgesteld. Voor de kosten houdt dit in dat zij moeten worden toegerekend aan het jaar waarop zij betrekking hebben. In casu betekent dit dat de kosten moeten worden toegerekend aan de jaren waarin de met de pensioenopbouw corresponderende arbeid is verricht. Anders gezegd: de kosten worden toegerekend aan het jaar waarin de pensioenopbouw waarvoor nu herstelbetalingen gedaan

moeten worden heeft plaatsgevonden. Van belang is dus om vast te stellen of de kosten in verband met de herstelbetalingen drukken op het verleden of de toekomst.

De betalingsverplichting in verband met herstelbetalingen aan het pensioenfonds heeft als aanleiding het ontbreken van het (minimaal) vereiste eigen vermogen, dat wil zeggen het dalen van de dekkingsgraad van het fonds tot onder de 125% respectievelijk 105%. Door onder andere een daling van de waarde van het belegd vermogen alsmede een verhoging van de verplichting als gevolg van een dalende rentestand, is de werkgever op basis van de uitvoeringsovereenkomst verplicht aan het herstel van de dekkingsgraad bij te dragen. Ook komt het voor dat in de uitvoeringsovereenkomst geen afspraken zijn gemaakt over herstelbetalingen en dat pas bij het herstelplan is overeengekomen dat de werkgever herstelbetalingen gaat verrichten. In beide gevallen geldt dat de werkgever de verplichting is aangegaan tot het doen van herstelbetalingen. Alleen het moment waarop verschilt. Dit heeft mogelijk gevolgen voor het tijdstip waarop een eventuele voorziening gevormd kan worden. Hierover meer in onderdeel 3.3.1.3.

De dekkingsgraad geeft de verhouding aan tussen de totale bezittingen en de pensioenverplichtingen van een pensioenfonds. Voor wat betreft de verplichtingen gaat het daarbij om huidige reeds aanwezige verplichtingen. Anders gezegd, de verplichtingen die van belang zijn voor het vaststellen van de dekkingsgraad betreffen reeds opgebouwde pensioenen. In de toekomst nog op te bouwen pensioenrechten tellen bij het vaststellen van de dekkingsgraad vanzelfsprekend niet mee. Het wettelijk (minimaal) vereiste eigen vermogen ziet dan ook per definitie op reeds vóór balansdatum opgebouwde pensioenrechten. De herstelbetalingen aan het pensioenfonds zijn daarmee per definitie gerelateerd aan in het verleden reeds opgebouwde pensioenen en zijn daarmee toerekenbaar aan arbeid die in het verleden is verricht. Op basis van het matchingbeginsel ben ik dan ook van mening dat de toekomstige betalingen in verband met het herstel van het (minimaal) vereiste eigen vermogen moeten worden toegerekend aan de periode vóór balansdatum. Om daaraan uitdrukking te geven wordt een voorziening op de fiscale balans gevormd.

Ik merk hierbij nadrukkelijk op dat er wel sprake moet zijn van een relatie tussen de herstelbetalingen en het herstel van de dekkingsgraad. Indien bijvoorbeeld een herstelbetaling tussen werkgever en pensioenfonds is overeengekomen maar deze herstelbetaling draagt niet bij aan de verhoging van de dekkingsgraad (maar wordt bijvoorbeeld gebruikt voor het verlenen van indexatie of voor de reguliere pensioenopbouw), dan kan de herstelbetaling niet worden toegerekend aan de periode voor balansdatum omdat er geen relatie is met arbeidsprestaties die in het verleden zijn verricht. Alsdan kan ook geen voorziening worden gevormd. Deze relatie tussen de herstelbetaling en het herstel van de dekkingsgraad is

meestal te herleiden uit de continuïteitsanalyse en de bijlage bij het herstelplan. Het jaar waarin de herstelbetalingen aftrekbaar zijn, hangt dus af van de feitelijke situatie en of aan de voorwaarden voor het vormen van een voorziening is voldaan.

3.3 Voorwaarden voorziening

3.3.1 Baksteen-arrest

De voorwaarden voor het vormen van een fiscale voorziening zijn door de Hoge Raad onder andere uitgewerkt in het zogenoemde Baksteen-arrest.¹⁰ Het betreft de volgende voorwaarden:

1. De toekomstige uitgaven vinden hun oorsprong in feiten en omstandigheden die zich in de periode voorafgaand aan de balansdatum hebben voorgedaan.
2. Ze kunnen overigens aan die periode worden toegerekend.
3. Er bestaat een redelijke mate van zekerheid dat ze zich in de toekomst zullen voordoen.

Op deze drie voorwaarden ga ik hieronder achtereenvolgens in.

3.3.1.1 Oorsprong in periode voorafgaand aan balansdatum

De oorsprong van de betalingsverplichting is het wegvallen van het (minimaal) vereiste eigen vermogen van het pensioenfonds. Dat is immers de omstandigheid dan wel de gebeurtenis die de aanleiding vormt voor het verrichten van herstelbetalingen. Het verdampen van het (minimaal) vereiste eigen vermogen heeft zich in vrijwel alle gevallen vóór 31 december 2008 voorgedaan. Aan de voorwaarde dat de toekomstige uitgaven hun oorsprong vinden in feiten en omstandigheden die zich in de periode vóór balansdatum hebben voorgedaan, is dus voldaan.

3.3.1.2 Toerekenbaarheid

Deze eis is feitelijk een uitwerking van het matchingbeginsel. De herstelbetalingsverplichting ziet op het herstel van het wettelijk (minimaal) vereiste eigen vermogen van het pensioenfonds voor in het verleden opgebouwde pensioenen. De kapitaalsbuffer is daarmee gerelateerd aan de in het verleden verrichte arbeidsprestaties (zie ook onderdeel 3.2). Ik ben daarom van mening dat de toekomstige uitgaven hun oorsprong vinden in feiten en omstandigheden die zich in de periode voorafgaand aan de balansdatum hebben voorgedaan én hieraan moeten worden toegerekend.

3.3.1.3 Redelijke mate van zekerheid

Voor het vormen van een voorziening is het niet noodzakelijk dat er op balansdatum sprake is van een juridisch

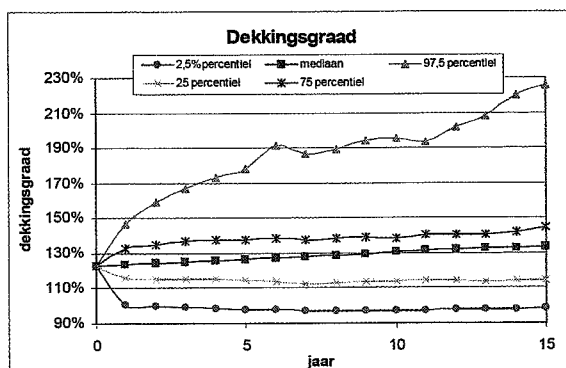
¹⁰ HR 26 augustus 1998, nr. 33 417, BNB 1998/409.

afdwingbare verplichting. De Hoge Raad heeft onder andere in het Baksteen-arrest bepaald dat een *redelijke mate van zekerheid* voldoende is om tot het vormen van een voorziening over te gaan. Dit begrip is als zodanig niet gekwantificeerd in de fiscale wet- en regelgeving.¹¹ In zijn algemeenheid wordt aangenomen dat het begrip 'redelijke mate van zekerheid' ten minste tot eenzelfde kwantificering leidt als het begrip 'in belangrijke mate' en dat de kans dat de toekomstige betalingen zich daadwerkelijk gaan voordoen daarom ten minste 30% moet bedragen.

Gezien het feit dat de werkgever zich heeft verplicht tot het doen van herstelbetalingen (via de uitvoeringsovereenkomst dan wel via een nadere overeenkomst in verband met het herstelplan), is aan deze 30%-kans voldaan. Indien de verplichting tot het doen van herstelbetalingen voortvloeit uit de uitvoeringsovereenkomst, is reeds per ultimo 2008 aan de 30%-kans voldaan terwijl als deze verplichting voor het eerst in het in 2009 opgestelde herstelplan tot uitdrukking komt, waarschijnlijk pas in 2009 aan de 30%-kans is voldaan. Zodra mede aan de 30%-kans is voldaan, kan de voorziening worden gevormd. Gesteld zou nog kunnen worden dat de kans minder dan 30% is dat ook daadwerkelijk alle in het herstelplan opgenomen herstelbetalingen daadwerkelijk betaald worden. Het is immers mogelijk dat het pensioenfonds zich sneller herstelt dan verwacht en daardoor een deel van de herstelbetalingen niet verricht hoeft te worden omdat de verplichting tot het doen van herstelbetalingen veelal eindigt zodra het (minimaal) vereiste eigen vermogen van het pensioenfonds weer aanwezig is. Een dergelijke stelling is naar mijn mening onjuist en wel vanwege het volgende.

Het door het pensioenfonds opgestelde herstelplan is meestal gebaseerd op een door de actuaire uitgevoerde continuïteitsanalyse. In deze continuïteitsanalyse wordt een groot aantal (veelal 500 of 1000) economische scenario's doorgerekend. Met deze continuïteitsanalyse geeft het pensioenfonds onder andere inzicht in 'de inzet en toereikendheid van de sturingsinstrumenten (BS: zoals herstelbetalingen) om de financiële langetermijnsico's te beheersen'.¹² Een van de uitkomsten van de continuïteitsanalyse is een overzicht van de ontwikkeling van de dekkinggraad in al de doorgerekende scenario's.

Het herstelplan moet vervolgens zijn gebaseerd op 'het meest waarschijnlijke pad (ook wel 'basispad' genoemd) als uitgangspunt'.¹³ Dit betekent concreet dat het herstelplan moet zijn gebaseerd op de middelste uitkomst (ook wel de mediaan of het 50-percentiel genoemd) van alle doorgerekende scenario's. De gedachte hierachter is dat de kans dat de dekkinggraad zich sneller herstelt dan waar van wordt uitgegaan exact even groot is als de kans dat de dekkinggraad zich minder snel herstelt. Het basispad en daarmee het herstelplan is daarom de meest realistische inschatting van de werkelijkheid op basis van de vooraf vastgestelde parameters. Dat betekent dat van een redelijke mate van zekerheid dat de in het herstelplan opgenomen herstelbetalingen zich daadwerkelijk gaan voordoen op zijn minst sprake is en dat aan de derde voorwaarde van het Baksteen-arrest is voldaan. Een andersluidende conclusie betekent impliciet dat de juistheid en betrouwbaarheid van de door de wetgever en DNB gestelde regels alsmede een door DNB goedgekeurd herstelplan ontkend worden. In onderstaande figuur wordt een voorbeeld gegeven van de ontwikkeling van de dekkinggraad als uitkomst van de continuïteitsanalyse.¹⁴



3.4 Hoogte voorziening

Zodra is vastgesteld dat een voorziening kan worden gevormd, moet de hoogte ervan worden vastgesteld. Deze hoogte wordt bepaald door het aantal betalingstermijnen en de rekenrente waarmee deze reeks betalingsverplichtingen contant wordt gemaakt. Daarnaast kunnen art. 3.26-3.28 Wet IB 2001 de hoogte van de voorziening beperken.

3.4.1 Wettelijke inbreuk op goed koopmansgebruik

Art. 3.26-3.28 Wet IB 2001 vormen een wettelijke inbreuk op het goed koopmansgebruik. In art. 3.26 Wet IB 2001 is opgenomen dat kosten voor toekomstige loon- en prijs-

11 Dit in tegenstelling tot de begrippen 'enigszins in belangrijke mate' (10% tot 30%), 'in belangrijke mate' (30% tot 50%), 'grotendeels' (50% tot 70%), 'hoofdzakelijk' (70% tot 90%), 'nagenoeg geheel' (90% en hoger maar minder dan 100%) en 'geheel' (100%).

12 Uitgangspunt 2, onderdeel d, Beleidsregel De Nederlandsche Bank NV van 29 augustus 2007, nr. Juza/2007/01546/IH, houdende uitgangspunten bij de beoordeling van de continuïteitsanalyse van pensioenfonds (Beleidsregel uitgangspunten beoordeling continuïteitsanalyse van pensioenfonds).

13 Brief DNB van 5 april 2007 aan pensioenfonds in zake het herstelplan, nr. Tp/Tp2007/01389.

14 Figuur ontleend aan Beleidsregel uitgangspunten beoordeling continuïteitsanalyse van pensioenfonds, figuur 1.

stijgingen niet eerder in aanmerking genomen mogen worden dan het moment waarop de loon- of prijsstijging zich daadwerkelijk voordoet tenzij er reeds een krachtens de pensioenregeling verschuldigde betaling voor een toekomstige loon- of prijsstijging van maximaal 4% plaatsvindt aan het pensioenfonds. Dit blijkt uit art. 3.27, eerste en tweede lid, Wet IB 2001. Vervolgens stelt art. 3.28 Wet IB 2001 dat indien de kosten die betrekking hebben op pensioenvoorzieningen gebaseerd zijn op een rekenrente van minder dan 4%, een verband met toekomstige loon- en prijsstijgingen aanwezig wordt geacht. Nu is het zo dat pensioenfondsden hun premie alsmede de herstelbetalingen, verplicht baseren op de rentetermijnstructuur.¹⁵ De rekenrente waarmee een pensioenfonds de dekkingsgraad en daaraan gerelateerde herstelbetaling vaststelt, was ultimo 2008 lager dan 4%. Afhankelijk van de looptijd van de verplichting bedroeg de toepasselijke rente ultimo 2008 minimaal 2,55%.¹⁶ De essentiële vraag is nu of een herstelbetaling een last is in verband met een pensioenvoorziening zoals bedoeld in art. 3.28 Wet IB 2001.

Het doel van de voorloper van art. 3.28 Wet IB 2001 (art. 9a, Wet IB 1964) was om te voorkomen dat bij de waardering van een eindloonregeling mag worden uitgegaan van het toekomstige salaris in plaats van het huidige salaris. De Hoge Raad had immers in HR 8 december 1971, nr. 16 610, *BNB 1972/26*, beslist dat wél van het toekomstige salaris mocht worden uitgegaan. Om de budgettaire consequenties van dit arrest te repareren, is destijds art. 9a Wet IB 1964 ingevoerd. Op grond van art. 3.28 Wet IB 2001 wordt in de krachtens een pensioenregeling verschuldigde premie of koopsom een indexatie-element aanwezig geacht (en zodoende wordt de veronderstelling gehanteerd dat van een toekomstig salaris-niveau wordt uitgegaan) indien deze pensioenpremie gebaseerd is op een rekenrente van minder dan 4%. Echter, een herstelbetaling vormt naar mijn mening strikt genomen geen pensioenpremie.¹⁷

Bij een pensioenpremie is er een relatie tussen de opbouw dan wel financiering van pensioenrechten. Anders gezegd, tegenover het betalen van pensioenpremie staat het verkrijgen dan wel toekennen van pensioenrechten. De pensioenrechten waarvoor nu opnieuw een (minimaal) vereist eigen vermogen moet worden aangelegd, zijn in

het verleden reeds opgebouwd en volledig gefinancierd. Het vervallen van het (minimaal) vereiste eigen vermogen van het pensioenfonds impliceert niet dat de pensioenrechten opnieuw moeten worden gefinancierd of dat er een achterstand in de financiering zou zijn. Evenmin worden nieuwe of extra pensioenrechten toegekend. Kortom: de herstelbetalingen vormen zowel civielrechtelijk als fiscaal geen pensioenpremie en de betalingen aan het pensioenfonds vanwege het 'verdampen' van het (minimaal) vereiste eigen vermogen hebben dan ook een andere titel. Voor deze betalingsverplichting wordt een voorziening gevormd. Een betalingsverplichting aan een pensioenfonds impliceert niet automatisch een betaling in verband met een pensioenvoorziening als bedoeld in art. 3.28 Wet IB 2001. Kortom: het feit dat het pensioenfonds de hoogte van de herstelbetalingen baseert op een rekenrente van minder dan 4% leidt niet tot de conclusie dat op basis van een wetsfictie een deel van de herstelbetaling verband houdt met toekomstige loon- en prijsstijgingen. Daar komt bij dat art. 3.26-3.28 Wet IB 2001 met een totaal ander doel in de wet zijn opgenomen en niet zien op een herstelbetaling. Een voorziening voor een dergelijke herstelbetalingsverplichting kan naar mijn mening dan ook onverkort worden gevormd.

Naast bovenvermelde uitleg van de fiscale wetgeving is er zowel feitelijk als actuair geen relatie tussen de herstelbetaling en een toekomstige loon- en prijsstijging. Tot een dekkingsgraad van 105% wordt aantoonbaar niet geïndexeerd door pensioenfondsden, althans niet uit het eigen vermogen van het pensioenfonds. In de herstelbetaling is dus per definitie geen element voor indexatie begrepen. Echter, bij een dekkingsgraad tussen 105% en 125% kan het zo zijn dat er door het pensioenfonds weer gedeeltelijk wordt geïndexeerd. Een en ander hangt echter af van het indexatiebeleid van het pensioenfonds. Het (gedeeltelijk) verlenen van indexatie impliceert echter niet dat de herstelbetaling wordt gebruikt voor deze indexatie. Sterker nog, uit de continuïteitsanalyse en het herstelplan zal vaak blijken dat de herstelbetaling slechts bedoeld is en gebruikt wordt voor het herstel van het (minimaal) vereiste eigen vermogen van het pensioenfonds. Dus zelfs als er bij een dekkingsgraad van minder dan 125% weer (gedeeltelijk) geïndexeerd zou worden, wordt deze indexatie niet gefinancierd uit de herstelbetalingen maar uit de reguliere doorsneepremie (indien hierin een opslag voor indexatie is verwerkt) dan wel het behaalde rendement. Uiteraard kan de voorziening slechts gevormd worden indien en voor zover de herstelbetaling actuair aantoonbaar bestemd is voor het herstel van het (minimaal) vereiste eigen vermogen. Indien de herstelbetalingen immers ook andere elementen bevatten, kan voor deze elementen geen voorziening worden gevormd omdat reeds op basis van de tweede voorwaarde van het Baksteen-arrest (het matchingbeginsel) de relatie met arbeidsprestaties die in het verleden zijn verricht niet gelegd kan worden. In de herstelbetaling is dus feitelijk en actuair geen element voor

15 Art. 2, tweede lid, Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsden.

16 Bron: <http://www.statistics.dnb.nl/index.cgi?lang=nl&todo=Rentes>.

17 Ook op basis van de pensioenwet is een herstelbetaling geen premie omdat op grond van art. 1 PW een premie structureel verschuldigd is. Daarnaast moet de premie bestemd zijn voor de verzekering van pensioenen en de daaraan verbonden kosten. Zie tevens E. Lutjens, 'Bijstortingen in een pensioenfonds', *Pensioen & Praktijk* 2009/12, blz. 4.

indexatie opgenomen, ondanks dat de herstelbetaling is berekend met een rente van minder dan 4%.

Zoals gezegd wordt de hoogte van de voorziening eveneens bepaald door de hoogte van de betalingsverplichtingen alsmede de rekenrente waarmee de betalingsreeks contact wordt gemaakt.

3.4.2 Aantal verschuldigde betalingen en rekenrentevoorziening

Het (verwachte) aantal verschuldigde betalingen alsmede de hoogte ervan is uit het herstelplan af te lezen. Vervolgens moet de reeks aan betalingen contant worden gemaakt met behulp van een rekenrente. Voor de goede orde: het betreft hier niet de rekenrente waarmee de hoogte van de verschuldigde herstelbetalingen wordt vastgesteld, maar de rekenrente waarmee de reeks verschuldigde herstelbetalingen contant wordt gemaakt. Op basis van een arrest van de Hoge Raad¹⁸ (...) dienen, (...) langlopende verplichtingen, op de winstbepalende balans te worden gewaardeerd tegen de geldende marktrente voor langlopende verplichtingen (...).¹⁹ Op basis van het marktrentebesluit bedraagt de rekenrente die gehanteerd mag worden per ultimo 2008 3,9%.²⁰ Per ultimo 2008 was de rente relatief laag. De geldende marktrente voor een verplichting met een looptijd van bijvoorbeeld vijf jaar was per ultimo 2008 minder dan 3,9% en bedroeg circa 2,5%.²¹ Het kan dus de moeite lonen om niet het rentepercentage uit het marktrentebesluit te hanteren maar de feitelijke marktrente. Overigens is het afhankelijk van de verhouding tussen de contante waarde en de nominale waarde van de verplichting of waardering op contante waarde noodzakelijk is. Op grond van het eenvoudbeginsel als onderdeel van goed koopmansgebruik en de jurisprudentie kan de voorziening worden gewaardeerd op de nominale waarde indien de contante waarde minder dan 10% afwijkt van de nominale waarde.²²

4 Besluit inzake aftrek extra dotaties bij kortetermijnherstelplannen

Op grond van bovenstaande kom ik tot de conclusie dat het op basis van de wet en jurisprudentie mogelijk is een voorziening te vormen voor herstelbetalingen aan een pensioenfonds. De Staatssecretaris van Financiën is echter van mening dat dit niet per definitie het geval is en heeft daarom op 26 oktober 2009 een goedkeurend besluit uitgevaardigd.²³ Ik zal de inhoud van dit besluit bespreken aan de hand van een aantal deelonderwerpen.

4.1 Reikwijdte art. 3.26 tot en met 3.28 Wet IB 2001

In het besluit geeft de staatssecretaris aan dat door de werking van art. 3.26-3.28 Wet IB 2001 een betaling aan een ondernemingspensioenfonds ingevolge het kortetermijnherstelplan in enig jaar slechts gedeeltelijk aftrekbaar is indien de herstelbetaling is gebaseerd op een rekenrente van minder dan 4% en dat een voorziening voor toekomstige betalingen slechts gedeeltelijk gevormd kan worden. Ik ben het niet eens met de uitleg die de staatssecretaris geeft aan de wet; de beperking die is opgenomen in art. 3.28 Wet IB 2001 is naar mijn mening niet van toepassing op de bedoelde herstelbetaling. Maar zelfs indien de genoemde wetsartikelen wel van toepassing zouden zijn op de bedoelde herstelbetalingen, dan zou mijns inziens een herstelbetaling aan het pensioenfonds volledig aftrekbaar moeten zijn. Op grond van art. 3.27, tweede lid, Wet IB 2001 is een betaling in enig jaar voor toekomstige indexatie van ten hoogste 4% namelijk direct aftrekbaar indien deze betaling krachtens de pensioenregeling is verschuldigd. Dit betekent concreet dan indien er een rekenrente van 0% wordt gehanteerd, de krachtens de pensioenregeling verschuldigde betaling aftrekbaar is. Bij een rekenrente van 0% wordt immers een indexatiecomponent van 4% aanwezig geacht, hetgeen maximaal is toegestaan. Een herstelbetaling die voortvloeit uit de uitvoeringsovereenkomst alsmede het herstelplan, kan tenslotte worden aangemerkt als een betaling krachtens een pensioenregeling. De uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en pensioenfonds, evenals de Actuariële Bedrijfstechnische Nota (hierna: ABTN) van het pensioenfonds waar de actuariële grondslagen voor de berekening van de verschuldigde premies en herstelbetalingen zijn opgenomen, maken onlosmakelijk onderdeel uit van de totale pensioenregeling. Een betaling krachtens een pensioenregeling is, indien aan de voorwaarden van goed koopmansgebruik is voldaan, altijd direct aftrekbaar ongeacht de rekenrente. Van belang is overigens het gegeven dat de reguliere pen-

18 HR 28 juni 2000, nr. 34 169, BNB 2000/275, r.o. 3.6.

19 Omdat er hier geen sprake is van een pensioenverplichting omdat de onderneming geen pensioenrechten uit gaat keren aan de gepensioneerden, is zowel art. 3.29 Wet IB 2001 alsmede HR 14 juli 2000, nr. 35 489, BNB 2000/276, niet van toepassing. Deze rechtsregels zouden toepassing vinden indien er sprake zou zijn van een pensioenverplichting in eigen beheer.

20 Besluit Staatssecretaris van Financiën van 16 december 2008, nr. CPP2007/3321M, Stcrt. 2009, 1.

21 Gebaseerd op de EUR Netherlands Government BfV Curve F920 van Bloomberg.

22 HR 29 oktober 1958, BNB 1958/342. Den Boer verwijst in zijn noot bij HR 19 december 1979, BNB 1980/46, naar dit arrest.

23 Besluit Staatssecretaris van Financiën van 26 oktober 2009, nr. CPP2009/1227M, Stcrt. 2009, 16538 (V-N 2009/56.7).

sioenpremie ook gebaseerd is op de rentetermijnstructuur waarvan het percentage eind 2008 ver onder de 4 lag. De reguliere pensioenpremie bevat op basis van de wetsfictie dus ook een component voor indexatie. De staatssecretaris heeft echter van deze reguliere pensioenpremie nooit het standpunt ingenomen dat een deel van de premie niet in enig jaar aftrekbaar is vanwege het feit dat de premie is gebaseerd op een rekenrente van minder dan 4% terwijl hij meent dat dit bij een herstelbetaling zonder zijn goedkeuring wel het geval is. En toch zijn beide betalingen direct afkomstig uit de uitvoeringsovereenkomst of aanvullende afspraken tussen werkgever en pensioenfonds.

4.2 Herstelbetalingen versus herstellpremies en ondernemingspensioenfonds versus bedrijfstakpensioenfonds

Het verhogen van de inkomsten van het pensioenfonds kan in beginsel op twee manieren. Ten eerste kan de werkgever eenmalig dan wel periodiek extra stortingen (bovenop de reguliere pensioenpremie) in het pensioenfonds doen totdat de gewenste dekkingsgraad weer is bereikt. Ten tweede kan het pensioenfonds een premieverhoging doorvoeren. De reguliere pensioenpremie wordt dan (tijdelijk) verhoogd met een herstelopslag. De verdeling van deze hogere pensioenpremie tussen werkgever en werknemers kan verschillen. Zo kan de reguliere premieverhouding worden aangehouden (bijvoorbeeld $\frac{2}{3}$ voor rekening van de werkgever en $\frac{1}{3}$ voor rekening van de werknemers) maar het is ook denkbaar dat de werkgever in afwijking hiervan de volledige herstelopslag voor zijn rekening neemt.

In de toelichting op het besluit geeft de staatssecretaris aan dat het vormen van een voorziening niet aan de orde is indien de extra betalingen voor het herstel van de dekkingsgraad zijn vormgegeven als een verhoging van de pensioenpremie in plaats van gescheiden extra betalingen. Naar mijn mening is er, mede vanwege het ook in de fiscale jaarrekening geldende adagium *substance over form*, geen reden om de feitelijke vormgeving van een betaling te laten prevaleren boven het doel ervan.

Ter illustratie het volgende voorbeeld.

Een pensioenfonds heeft op basis van het herstelplan met de werkgever afgesproken dat er gedurende vijf jaar € 1 mln. per jaar nodig is voor het herstel van de dekkingsgraad. De werkgever neemt dit bedrag volledig voor zijn rekening. De reguliere pensioenpremie bedraagt eveneens € 1 mln. per jaar, zijnde 20% van de salarissom. Nu zijn er twee situaties denkbaar. In de eerste situatie spreekt de werkgever af dat op de reguliere pensioenpremie de komende vijf jaar een opslag komt van 20% van de salarissom. De herstellpremie is dus 20% van de salarissom, zijnde € 1 mln. per jaar. De totale premie die de werkgever jaarlijks overmaakt naar het pensioenfonds is € 2 mln., zijnde 40% van de salarissom.

In de tweede situatie spreekt de werkgever af jaarlijks € 1 mln. als lump-sumherstelbetaling te doen. In zowel situatie 1 als 2 verbindt de werkgever zich ertoe om jaarlijks € 1 mln. extra te betalen voor het herstel van de dekkingsgraad. Het is daarbij naar mijn mening niet relevant of dit is afgesproken als opslag op de premie of als separate herstelbetaling. Het doel en de titel van de betaling zijn exact hetzelfde; slechts de vormgeving is anders.

Wellicht heeft de staatssecretaris het Pemba-arrest²⁴ als uitgangspunt genomen voor de, in mijn ogen, onjuiste stelling dat een voorziening bij hogere pensioenpremies niet mogelijk is. In het Pemba-arrest kon de toekomstige premiebetaling niet worden voorzien omdat deze moest worden toegerekend aan de toekomstige arbeidsjaren. De reden hiervoor was met name niet omdat er sprake was van een loonafhankelijke premie maar omdat er sprake was van een verzekering waarvan de dekking bestaat gedurende de toekomstige jaren waarin de arbeid wordt verricht. Slechts de hoogte van de premie was afhankelijk van het schadeverleden. Gedurende ieder jaar waarin arbeid wordt verricht, is een WAO-premie verschuldigd voor de verzekeringsdekking in dat desbetreffende jaar. De (terechte) uitkomst van het Pemba-arrest was dan ook dat verzekeringspremie voor toekomstige dekking niet voorzien kan worden, ook al is de hoogte van deze premie afhankelijk van het schadeverleden. Het was in het Pemba-arrest dus niet zo dat de WAO-premie werd betaald voor WAO-dekking in het verleden. Bij herstelbetaling in de vorm van een hogere pensioenpremie is de herstelcomponent niet gerelateerd aan de pensioenopbouw in het jaar waarin de premie wordt betaald maar ziet deze per definitie op een buffer voor in het verleden opgebouwde pensioenrechten. In het jaar van betaling verkrijgt de werknemer namelijk geen hoger pensioenrecht en is er evenmin sprake van extra (verzekerings)-dekking in dat jaar. De herstelbetaling ziet zuiver en alleen op het herstel van de wettelijk vereiste buffers van in het verleden reeds opgebouwde pensioenrechten. Het enkele gegeven dat de hoogte van de herstelbetaling wordt gerelateerd aan de salarissom of pensioensgrondslagsom, is slechts een rekenkundig en praktisch gegeven en verandert niets aan de aard en de titel van de herstelbetaling. Het vormgeven van de herstelbetaling als een opslag op de doorsneepremie maakt niet ineens dat de herstelbetaling niet meer bestemd is voor buffers van in het verleden opgebouwde pensioenrechten. Het onderscheid tussen separate herstelbetalingen en herstelbetalingen in de vorm van een opslag op de pensioenpremie komt het duidelijkst naar voren bij een ondernemingspensioenfonds (hierna: OPF) en een bedrijfstakpensioenfonds (hierna: BPF). De staatssecretaris merkt in de toelichting bij het besluit dan ook op dat

24 HR 8 juli 2005, nr. 41 030, BNB 2005/341.

het vormen van een voorziening inzake herstelbetalingen aan een BPF niet aan de orde is vanwege het feit dat een herstelbetaling aan een BPF slechts kan plaatsvinden door middel van een opslag op de premie. Hij herhaalt dit standpunt in antwoord op Kamervragen van het Tweede Kamerlid Omtzigt (CDA).²⁵ Zoals gezegd is er naar mijn mening fiscaal geen onderscheid te maken tussen een separate herstelbetaling en een herstelbetaling in de vorm van een opslag op de premie en om die reden zie ik evenmin in waarom een herstelbetaling aan een BPF niet tot een voorziening zou kunnen leiden (uiteraard onder de voorwaarde dat aan de voorwaarden van het Baksteen-arrest is voldaan). De fiscale kwalificatie van de herstelbetalingen zijn exact hetzelfde.²⁶ Daar komt bij dat ook bij OPF's soms herstelpremies zijn afgesproken in plaats van herstelbetalingen.

Het enige arrest van de Hoge Raad dat het standpunt van de staatssecretaris zou kunnen ondersteunen is *BNB 1976/194*.²⁷ In dit arrest bepaalt de Hoge Raad, in tegenstelling tot eerdere arresten, dat een backserviceverplichting in de vorm van een inhaalpremie niet tot het vormen van een voorziening kan leiden. In de literatuur wordt de toepassing van dit arrest echter breed betwist.²⁸

4.3 Kortetermijnherstelplan versus langetermijnherstelplan en kansinschatting vooraf

In onderdeel 2 heb ik aangegeven dat het pensioenfonds in het kortetermijnherstelplan aangeeft hoe tot een dekkingsgraad van 105% te komen terwijl in het langetermijnherstelplan is aangegeven hoe een dekkingsgraad van 125% bereikt gaat worden. Indien zowel herstelbe-

talingen zijn overeengekomen in het kader van het kortetermijnherstelplan, zijn beide herstelbetalingen, indien en voor zover dit actuariael aangetoond kan worden, bestemd voor het herstel van het (minimaal) vereiste eigen vermogen. Zowel de lange- als kortetermijnbetalingsverplichtingen zouden dus voor het vormen van een voorziening in aanmerking moeten komen omdat aan de voorwaarden van het Baksteen-arrest is voldaan. De staatssecretaris geeft in zijn toelichting op het besluit alsmede als antwoord op de eerdergenoemde Kamervragen aan dat voor een langetermijnherstelbetaling geen redelijke mate van zekerheid aanwezig is dat deze dotaties daadwerkelijk zullen moeten worden betaald. Deze mening deel ik niet. De redelijke mate van zekerheid blijkt op balansdatum, net als bij de kortetermijnherstelbetaling, uit de continuïteitsanalyse van het pensioenfonds. Op basis van de continuïteitsanalyse is op balansdatum wel degelijk aan de derde voorwaarde van het Baksteen-arrest voldaan. Uiteraard zal de werkelijke dekkingsgraad zich nooit zo ontwikkelen als in het herstelplan en de continuïteitsanalyse is beschreven. Actuarissen hebben immers evenmin een glazen bol. Maar toch wordt de uitkomst van de continuïteitsanalyse door de wetgever als de best mogelijke inschatting van de desbetreffende toekomstige ontwikkeling beschouwd. Het lijkt vreemd dat de staatssecretaris in het besluit de waarde en juistheid van de continuïteitsanalyse nu in twijfel trekt. Ik vraag me af of hem dit in dank wordt afgenomen door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid alsmede DNB. Daar komt bij dat in de voorzieningenleer niet is voorgeschreven dat een kansinschatting vooraf de hoogte van de voorziening moet beïnvloeden. Een redelijke mate van zekerheid is immers voldoende om over te gaan tot het vormen van de gehele voorziening. Met wijzigingen in feiten en omstandigheden na balansdatum alsmede een hierdoor lagere verplichting, wordt voor het eerst rekening gehouden in het volgende boekjaar. De opmerkingen van de staatssecretaris dat zonder nader onderzoek naar de kans dat de betalingen daadwerkelijk moeten worden gedaan de hoogte van de voorziening gesteld kan worden op 50% van de contante waarde van de toekomstige betalingen, kan ik dan ook niet plaatsen. Ten eerste is per definitie reeds onderzoek gedaan naar de kans dat de betalingen daadwerkelijk moeten worden gedaan, namelijk in de continuïteitsanalyse. Ten tweede beïnvloedt deze kans de hoogte van de voorziening niet vooraf.²⁹ Kortom: het feit dat de dekkingsgraad van het pensioenfonds in 2009 weer grotendeels hersteld is en hierdoor (een deel) van de

25 Brief Staatssecretaris van Financiën aan de voorzitter van de Tweede Kamer, nr. DGB2009/6490M, inzake antwoorden op Kamervragen van Omtzigt (CDA), nr. 2009Z22693.

26 Zie ook L.G.M. Stevens, *Pensioen in de winstfeer*, blz. 44, Deventer: Kluwer 2003. Stevens meent dat de omstandigheid dat de verschuldigdheid van inhaalpremies wegens tekorten in het bedrijfstakpensioenfonds voor de bouwrijverheid afhankelijk is van het in de toekomst in loondienst hebben van werknemers geen reden kan zijn om de contante waarde van de inhaalpremies als verplichting te negeren.

27 HR 1 oktober 1976, nr. 17 700, BNB 1946/194.

28 Stevens spreekt over 'een weinig gelukkige formulering van de Hoge Raad die niet beoogt afstand te nemen van de oudere jurisprudentie.' Zie L.G.M. Stevens, *Pensioen in de winstfeer*, blz. 44, Deventer: Kluwer 2003. Schonis meent als reactie op het genoemde arrest 'dat de lasten bij de toekenning van pensioenrechten welke betrekking hebben op reeds verstreken dienstjaren, ook al worden zij voldaan door middel van een inhaalpremie en worden zij eerst in komende jaren verschuldigd, in dat jaar voor de contante waarde in mindering op de winst mogen komen.' Zie H.M.N. Schonis in WFR 1976/40.

29 Den Boer geeft in zijn noot bij BNB 1980/46 aan dat het aanpassen van de waardering achteraf ook tot uitdrukking komt in de jurisprudentie (HR 26 maart 1952, B. 9207; HR 29 juni 1955, BNB 1955/309, en HR 26 juni 1957, BNB 1957/245).

toekomstige herstelbetalingen niet daadwerkelijk voldaan hoeven te worden, komt per ultimo 2009 automatisch tot uitdrukking in een lagere voorziening en hierdoor een (gedeeltelijke) vrijval. Wellicht dat budgettaire redenen dan ook de voornaamste aanleiding voor de staatssecretaris vormden om de voorziening te beperken op 50% van de waarde. Overigens geeft de staatssecretaris in antwoord op Kamervragen aan dat voor een grotere voorziening dan 50% de normale regels uit de wet en jurisprudentie gelden. Ook Redactie Vakstudie Nieuws alsmede Redactie NTFR zetten vraagtekens bij het percentage van 50 en de onmogelijkheid om voor betalingen in het kader van een langetermijnherstelplan een voorziening te vormen.³⁰

4.4 Beoordeling besluit

In tegenstelling tot de staatssecretaris ben ik van mening dat art. 3.26-3.28 Wet IB 2001 niet van toepassing zijn op de deze specifieke herstelbetalingen aan een pensioenfonds. Omdat de staatssecretaris de wetsartikelen wel van toepassing acht, is het lovenswaardig dat de staatssecretaris de toepassing van de genoemde wetsartikelen buiten werking stelt. Omdat ik de noodzakelijkheid van de goedkeuring betwist, betreur ik dan ook het grote aantal beperkingen dat aan deze goedkeuring verbonden wordt. Per saldo resulteert het besluit daarmee eerder in een beperkende dan in een verruimende maatregel; dit gaat de bevoegdheid van de staatssecretaris te buiten. Los daarvan is zonneklaar dat art. 3.26-3.28 Wet IB 2001 dringend aan een opknapbeurt toe zijn. Ik ga daar hieronder nader op in.

5 Revisie van fiscale pensioenwetgeving noodzakelijk

Zoals eerder gezegd, mogen kosten en lasten van loon- en prijsstijgingen pas genomen worden in het jaar waarin die loon- of prijsstijgingen zich voordoen (art. 3.26 Wet IB 2001) tenzij er daadwerkelijk betalingen krachtens een pensioenregeling plaatsvinden in verband met loon- en prijsstijgingen van maximaal 4% per jaar (art. 3.27 Wet IB 2001). Indien die betalingen krachtens een pensioenregeling zijn gebaseerd op een rekenrente van minder dan 4% wordt (fictief) een loon- of prijsstijging aanwezig geacht (art. 3.28 Wet IB 2001). Nu is met name de minimale rekenrente van art. 3.28 Wet IB 2001 in de praktijk problematisch. Sinds de invoering van art. 9a Wet IB 1964 op 1 januari 1974 is de pensioenwereld drastisch veranderd. Zo baseren pensioenfonds hun premies niet meer op een vaste rente van minimaal 4%

maar op marktrente. De komst van de Pensioenwet in 2007, het Besluit FTK en alle aanverwante regelgeving stellen strikte regels over de financiële inrichting van pensioenfonds. Dit geldt deels ook voor verzekeraars. Uiteraard zou art. 3.28 Wet IB 2001 op deze ontwikkelingen aangepast moeten worden. Zo zou bijvoorbeeld in art. 3.28 Wet IB 2001 een verwijzing naar de Pensioenwet en het Besluit FTK opgenomen kunnen worden in plaats van een vast percentage van 4 te noemen. Dit zou het besproken besluit direct overbodig maken.

Ik spreek dan ook de hoop maar niet noodzakelijkerwijs de verwachting uit dat bijvoorbeeld vanwege de instelling van de Studiecommissie Belastingstelsel alsmede de aanpassing van het fiscale pensioenkader in verband met de verhoging van de AOW-leeftijd, de wetgever serieus werk maakt van het in de eerste plaats op elkaar laten aansluiten van de civielrechtelijke pensioenwetgeving en de fiscaalrechtelijke pensioenwetgeving. Ten tweede zou het fiscale pensioenkader een stuk doelmatiger, eenvoudiger en moderner kunnen zijn.

6 Tot slot

Samenvattend kom ik tot de conclusie dat het op basis van de wet en jurisprudentie mogelijk is om een voorziening te vormen voor toekomstige herstelbetalingen aan een pensioenfonds. Hiervoor moet uiteraard aan alle voorwaarden van het Baksteen-arrest worden voldaan waarbij de nodige specialistische fiscale en actuariële pensioenkennis benodigd is om dit vast te stellen en te onderbouwen. De staatssecretaris beperkt naar mijn mening in het besluit ten onrechte het aantal situaties waarbij een voorziening kan worden gevormd. Vanwege het realiteitsbeginsel als onderdeel van goed koopmansgebruik zou het aantal situaties waarin een voorziening gevormd kan worden niet beperkt moeten worden door de staatssecretaris. De recente ontwikkelingen in de pensioensector laten eens te meer duidelijk zien dat het noodzakelijk is dat fiscale en niet-fiscale wetgeving over hetzelfde onderwerp naadloos op elkaar aansluiten, hetgeen helaas vaak niet het geval is. Ik hoop dan ook dat de wetgever hier in de komende periode de benodigde aandacht aan besteedt.